

Geen ontzegging van omgang voor onbepaalde tijd bij gezamenlijk gezag

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 14 september 2007, LJN: BA5198, *NJ* 2007, 486 (mrs. J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, A. Hammerstein, J.C. van Oven en C.A. Streefkerk; A-G mr. J. Wuisman)

De wet biedt geen grondslag voor een ontzegging van de omgang voor onbepaalde tijd aan een van de ouders, in dit geval de vader, bij gezamenlijk gezag van beide ouders (art. 1:253a en 377h BW)

*De feiten*¹

Uit het huwelijk van partijen is in 2000 een dochter geboren. De dochter heeft sinds het uiteengaan van partijen haar hoofdverblijf bij de moeder. Na de ontbinding van het huwelijk is het gezamenlijk gezag over de dochter gehandhaafd. Over de omgang van de vader met de dochter zijn tussen partijen problemen gerezen en procedures gevoerd. Na een aantal proefcontacten, de laatste in december 2004, is de omgang tussen de vader en de dochter gestaakt. De moeder wil geen medewerking verlenen aan een omgangsregeling.

*Het geding in feitelijke instanties*²

De rechtbank heeft op verzoek van de vader een omgangsregeling tussen de vader en de dochter vastgesteld. Het hof was daarentegen van oordeel dat een omgang met de vader niet in het belang van de dochter is, en heeft het verzoek van de vader afgewezen.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt onderdeel 1 van het door de vader tegen de beschikking van het hof gerichte cassatiemiddel als volgt.

3.3 Nu het hof niets heeft overwogen en beslist met betrekking tot de tijdsduur van de ontzegging van de omgang met de dochter, kan zijn afwijzing van het verzoek van de vader slechts worden opgevat als een definitieve ontzegging daarvan. Aldus heeft het hof miskend dat de wet in een geval als het onderhavige, waarin de vader mede is belast met het gezag over de dochter, geen grondslag biedt voor een ont-

zegging van de omgang voor onbepaalde tijd (HR 31 maart 2006, nr. R05/038, *NJ* 2006, 392). Onderdeel 1 van het middel klaagt hierover terecht. Voor het overige behoeft het middel geen behandeling.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het gerechtshof Leeuwarden van 12 juli 2006 en verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof te Arnhem.

Noot

1 Constante jurisprudentie

Voor de vierde maal binnen twee jaren beslist de Hoge Raad dat een definitieve ontzegging van de omgang aan een van de ouders in geval van gezamenlijke gezagsuitoefening door hen beiden niet tot de mogelijkheden behoort. Thans kan dus met recht van constante jurisprudentie worden gesproken. De overwegingen van de Hoge Raad in alle vier beschikkingen laten aan duidelijkheid niets te wensen over en ik onderschrijf deze van harte.

In 2005 besliste de Hoge Raad³ dat het recht op omgang bij gezamenlijke gezagsuitoefening weliswaar een wezenlijk onderdeel van het gezag uitmaakt, maar dat niettemin dit recht op omgang kan worden opgeschort – dus niet definitief ontzegd – op grond van de in artikel 1:253a neergelegde geschillenregeling in geval van gezamenlijke gezagsuitoefening, mede gelet op artikel 8 lid 2 EVRM. De in dit verband cruciale rov. 3.6 luidt als volgt (de verwijzing naar art. 8 lid 2 EVRM komt voor in de hier niet geciteerde rov. 3.9).

1 Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

2 Ontleend aan punt 3.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

3 HR 18 november 2005, *NJ* 2005, 574, m.nt. SFMW.

3.6 Het hof heeft de beschikking van de rechtbank uitsluitend vernietigd voorzover het de beslissing omtrent het gezag betrof en de beschikking bekrachtigd voorzover de rechtbank had bepaald dat de man het recht op omgang met het kind gedurende een periode van twee jaren na 20 december 2002 wordt ontzegd. Deze ontzegging van het recht op omgang is niet geschied op de voet van art. 1:377a BW, zoals het middel tot uitgangspunt neemt, doch kennelijk op de voet van art. 1:253a BW, dat bepaalt dat in geval van gezamenlijke gezagsuitoefening geschillen tussen de ouders hieromtrent aan de rechtbank kunnen worden voorgelegd. Het hof heeft, mede gezien de overwegingen 4.6.1 en 4.6.2 van de beschikking, een kennelijk als tijdelijke maatregel bedoelde beslissing gegeven die inhoudt dat de uitoefening van het recht op omgang van de man, ook al komt hem ouderlijk gezag toe, in het belang van het kind voor enige tijd wordt geschorst terwijl tijdens die schorsing stappen moeten worden ondernomen om een omgangsregeling op gang te brengen. Hieraan doet niet af dat het hof overigens, op de in rov. 4.7 vermelde gronden, de zaak niet heeft aangehouden doch heeft afgedaan door bekrachtiging van de beschikking van de rechtbank.

Het hof heeft zich met de overwegingen 4.6.1 en 4.6.2 kennelijk en terecht aangesloten bij de in de literatuur, zoals aangehaald in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 9, verdedigde opvatting dat een beslissing als deze kan worden gegeven ingeval het belang van het kind zulks vordert, alhoewel gezamenlijk gezag in beginsel meebrengt dat de met gezag beklede ouder bij wie het kind niet verblijft recht op omgang heeft, nu dat recht een wezenlijk onderdeel van ouderlijk gezag uitmaakt.⁴

De klacht, dat het hof de man op de voet van art. 1:377a BW het recht op omgang heeft ontzegd, kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Voorzover de klacht inhoudt dat bij gezamenlijke gezagsuitoefening geen beslissing kan worden gegeven die inhoudt dat tijdelijk geen omgang of contact met het kind is toegestaan en dat in zoverre de uitoefening van het omgangsrecht tijdelijk moet worden geschorst, faalt zij nu een dergelijke beslissing wel, op basis van art. 1:253a BW, kan worden gegeven.

Ik heb mij nog afgevraagd of de oplossing van dit probleem, die de Hoge Raad zoekt in toepassing van artikel 1:253a, niet kan worden gevonden in toepassing van artikel 1:377h lid 2 jo. artikel 1:377e.⁵ Daartoe is dan uiteraard wel vereist dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden in de zin van laatstgenoemd artikel of dat kan worden gezegd dat indertijd bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan. In het algemeen kan nog worden opgemerkt dat het voor een rechter lastig is om te beslissen of een concreet probleem langs de weg van de geschillenregeling in geval van gezamenlijke gezagsuitoefening dan wel langs de weg van de bepalingen inzake omgang en informatie moet worden opgelost, juist omdat titel 1.14 BW (het gezag over minderjarige kinderen) en titel 1.15 BW (omgang en informatie) zo ontzettend nauw met elkaar samenhangen.

In 2006 besliste de Hoge Raad⁶ dat definitieve ontzegging van omgang bij gezamenlijke gezagsuitoefening niet mogelijk is, maar dat schorsing van de uitoefening van het omgangsrecht voor bepaalde tijd in dat geval wél mogelijk is. Het gaat in het bijzonder om rov. 5.3.

5.3 Vooropgesteld zij dat de wet geen grondslag biedt voor definitieve ontzegging van omgang bij gezamenlijke gezagsuitoefening. De in art. 1:377a lid 3 BW opgenomen ontzeggingsgronden hebben alleen gelding jegens de niet met het gezag belaste ouder, nu deze bepaling in art. 1:377h lid 2 BW niet van overeenkomstige toepassing is verklaard op het geval van gezamenlijke gezagsuitoefening. De Hoge Raad heeft bij zijn beschikking van 18 november 2005, nr. R03/130, NJ 2005, 574, geoordeeld dat bij gezamenlijke gezagsuitoefening tijdelijke schorsing van de uitoefening van het omgangsrecht, inhoudende dat tijdelijk geen omgang of contact met het kind is toegestaan, op de voet van het bepaalde in art. 1:253a BW wel mogelijk is. Van dit laatste is evenwel in de bestreden beschikking geen sprake, terwijl art. 1:253a BW de rechter niet de bevoegdheid geeft een ouder die gezamenlijk met de andere ouder het gezag uitoefent, het recht op omgang voor onbepaalde tijd te ontzeggen. (...)

En in 2007, in de eerste van de twee beschikkingen van dat jaar met betrekking tot deze problematiek, besliste de Hoge Raad⁷ als volgt.

3.3.1 Bij de beoordeling van het voorgestelde middel dient tot richtsnoer HR 31 maart 2006, nr. R05/038, NJ 2006, 392, waarin (in 5.3) is beslist: (volgt letterlijk citaat van het hierboven weergegeven gedeelte van rov. 5.3; toevoeging van mij, AJMN).

3.3.2 Het hof heeft weliswaar aangekondigd aan te sluiten bij het bepaalde in art. 1:253a BW, maar het heeft niettemin de beschikking van de rechtbank, luidende dat tussen de vader en de kinderen geen omgang zal plaatsvinden, bekrachtigd en aldus de vader de omgang met de kinderen voor onbepaalde tijd ontzegd. De overweging van het hof dat omgang 'op dit moment en (in; toevoeging van mij, AJMN) de nabije toekomst' in het belang van de kinderen niet wenselijk is, kan niet worden aangemerkt als een beperking in tijd. Het middel, dat hierop gerichte klachten behelst, is dan ook terecht voorgesteld.

2 Komend recht

Zowel de geschillenregeling in geval van gezamenlijke gezagsuitoefening van artikel 1:253a als de bepalingen inzake omgang en informatie van de artikelen 1:377a e.v. ondergaan binnenkort ingrijpende wijzigingen, en wel ter gelegenheid van de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht.⁸

De inhoud van artikel 1:253a wordt flink uitgebreid. Artikel 1:253a lid 1 (nieuw) komt overeen met het huidige artikel 1:253a en bepaalt dat in geval van gezamenlijke uitoefening van het gezag geschillen hieromtrent op verzoek van de ouders of van een van hen aan de rechtbank kunnen worden voorgelegd. De rechtbank neemt een zodanige beslissing als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt. Artikel 1:253a lid 2 (nieuw) voegt hieraan toe – en dat is dan meteen de belangrijkste vernieuwing van het artikel – dat de rechtbank eveneens op verzoek van de ouders of van een van hen een regeling kan vaststellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. Deze regeling kan omvatten:

4 Gezag impliceert dus in beginsel omgang; aldus reeds eerder HR 24 juni 2005, NJ 2005, 415, m.nt. SFMW.

5 Aldus M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijkvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1),

Deventer: Kluwer 2006, nr. 236.

6 HR 31 maart 2006, NJ 2006, 392, m.nt. SFMW.

7 HR 23 maart 2007, NJ 2007, 174.

8 *Kamerstukken I* 2006/07, 30 145, A (gewijzigd voorstel van wet d.d. 12 juni 2007), in het bijzonder p. 4-5. Zie hierover uitvoerig A.J.M. Nuytinck,

'Het nieuwe, door de Tweede Kamer aangenomen echtscheidingsrecht: de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding', *WPNR* 2007-6722, p. 739-745.

- a. een toedeling aan ieder der ouders van de zorg- en opvoedingstaken, alsmede en uitsluitend indien het belang van het kind dit vereist, een tijdelijk verbod aan een ouder om met het kind contact te hebben;
- b. de beslissing bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft;
- c. de wijze waarop informatie omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind wordt verschaft aan de ouder bij wie het kind niet zijn hoofdverblijfplaats heeft, dan wel de wijze waarop deze ouder wordt geraadpleegd;
- d. de wijze waarop informatie door derden overeenkomstig artikel 1:377c wordt verschaft.

In het slot van onderdeel a van artikel 1:253a lid 2 (nieuw) herkent men in het woord 'tijdelijk' de zojuist behandelde vier beschikkingen van de Hoge Raad. Men kan echter formeel niet zeggen dat deze beschikkingen van de Hoge Raad worden gecodificeerd in deze nieuwe bepaling, omdat zij zich uitstrekken over de periode 18 november 2005 – 14 september 2007, terwijl het onderhavige wetsvoorstel 30 145 dateert van 9 juni 2005. De wetgever was de Hoge Raad dus nog net even voor. Voorts kan in ditzelfde onderdeel a het woord 'contact' tot onduidelijkheid en misverstand aanleiding geven. Enerzijds bepaalt de wetgever in artikel 1:377a lid 1, eerste zin (nieuw), dat het kind het recht op omgang heeft met zijn ouders (zonder enige verbinding met gezagsuitoefening te leggen) en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat, maar anderzijds lijkt het erop dat de wetgever de term 'omgang' wil reserveren voor de ouder die *niet* met het gezag is belast, door in artikel 1:377a lid 1, tweede zin (nieuw), te bepalen dat de niet met het gezag belaste ouder het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind heeft. Het is de vraag of het verstandig is om zo'n algemeen en niet-juridisch begrip als 'contact' in de wet op te nemen. De in dit verband door de leden van de VVD-

fractie van de Eerste Kamer in het voorlopig verslag van de vaste commissie voor justitie van 9 oktober 2007 aan de minister gestelde vragen zijn veelzeggend.⁹ Zij zouden graag vernemen wat met 'contact' wordt bedoeld. Wordt louter telefonisch contact of contact per post bedoeld of wordt 'omgang' bedoeld en waarom wordt het dan niet zo genoemd? Gesuggereerd lijkt namelijk te worden dat 'contact' iets anders is dan 'omgang'. Indien omgang wordt bedoeld, kan daaronder dan ook ongeleide omgang vallen? Aldus de verschillende vragen van deze kamerleden.¹⁰

Als een vergelijk tussen de ouders niet tot stand komt en het belang van het kind zich daartegen niet verzet, kan de rechtbank een door de wet toegelaten dwangmiddel opleggen dan wel bepalen dat de beschikking geheel of gedeeltelijk met de sterke arm ten uitvoer kan worden gelegd ingevolge artikel 1:253a lid 5 (nieuw) jo. artikel 812 lid 2 Rv (nieuw).¹¹ Op grond van artikel 1:253a lid 6 (nieuw) moet de rechtbank een verzoek om geschillen op te lossen of een gezagsregeling vast te stellen binnen zes weken behandelen.

Wat het omgangsrecht betreft, behoeft binnenkort geen onderscheid meer te worden gemaakt tussen ouders met omgangsrecht enerzijds (art. 1:377a) en degenen die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan, anderzijds (art. 1:377f). Laatstgenoemd artikel vervalt en de inhoud daarvan wordt geïncorporeerd in artikel 1:377a lid 1 (nieuw). Het kind heeft het recht op omgang met zijn ouders en¹² met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat, zeg maar: 'family life' met het kind heeft. De niet met het gezag belaste ouder heeft het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind. Deze verplichting is nieuw; de wetgever beschouwt omgang blijkbaar niet als een vrijblijvende aangelegenheid.

Ook artikel 1:377h vervalt in het nieuwe scheidings- en omgangsrecht, hetgeen logisch is, nu de inhoud daarvan wordt geïncorporeerd in artikel 1:253a (nieuw). ■

9 *Kamerstukken I* 2007/08, 30 145, B, p. 8.

10 Ten tijde van de voltooiing van deze noot (15 oktober 2007) was het antwoord van de minister nog niet bekend.

11 Zie voor laatstgenoemde bepaling *Kamerstukken I* 2006/07, 30 145, A, p. 6.

12 In de oorspronkelijke versie van het wetsvoorstel stond ten onrechte 'of'. Inmiddels is het juiste

voegwoord 'en' in de tekst opgenomen; zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 145, nr. 12 (derde nota van wijziging). Het gaat immers niet om een keuzemogelijkheid, maar om een cumulatiemogelijkheid.